

LA GRABACIÓN DE LAS PRUEBAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

CONCHA ROIG ANGOSTO. Magistrada



Consecuencia de la adaptación de las Leyes Procesales a la Nueva Oficina Judicial, llevada a cabo por LO 1/2009, de 3 de noviembre, la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, otorgó una nueva redacción al artículo 230, estableciendo la obligación, para los Juzgados y Tribunales (y las Fiscalías), de utilizar los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, declarando la validez y eficacia de los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales, estableciendo una clara prohibición *“3. Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse.”*

De igual manera el artículo 147 de la LEC (sucesivamente reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre y la LO 7/2015, de 21 de julio) establece que las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los secretarios judiciales, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, imponiendo una clara prohibición *“no podrán transcribirse”*, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine.

Sin embargo, éste mecanismo general de documentación de actuaciones judiciales adquiere, en el proceso penal, un alcance mucho más limitado, siendo el acto del juicio oral -artículos de la

LECrim 743, 788.6º y 972- su principal espacio de acción.

Actualmente, nuestra Instrucción Penal, tiene base en una LECrim obsoleta, y vergonzosamente parcheada, que prevé un procedimiento eminentemente escrito en sus fases iniciales, situación que apenas ha sido modificada en la actualidad.

De las múltiples reformas llevadas a cabo en 2015, únicamente se han retocado en la LECrim., en relación a la documentación en el proceso penal, cuatro artículos.

En ese sentido, **la Ley 4/2015, de 27 de abril**, del Estatuto de la víctima, en sede de sumario, otorga nueva redacción al **artículo 433 LECrim**, que establece la obligatoriedad de la grabación de las declaraciones testificales en fase de instrucción, y no solo las relativas a las de testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, al consignar, en un quinto párrafo independiente de los anteriores, *“El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.”*, frente a la redacción anterior a la reforma *“El juez podrá acordar la grabación de la declaración.”* referido, además, únicamente para los testigos menores de edad.

Modifica, a su vez, el artículo **448 LECrim** que, remite, en su párrafo segundo, a la documentación escrita como forma de elaboración preconstituida de las testificales realizadas en el sumario *“Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.”*.

Resulta sorprendente que, precisamente por su vocación como prueba preconstituida, el Legislador no prevea en estos casos la utilización de medios de documentación audiovisuales, al menos alternativos, como si ocurre en sede de procedimiento abreviado. Salvo que tuviera *in mente* el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que respondía al principio de doble forma de documentación (en el entendimiento que la utilización de mecanismos de grabación digital de las fuentes de prueba no era ser incompatible con la necesaria transcripción escrita de sus contenidos) o que fuera consciente de lo absurdo de establecer un sistema de grabación audiovisual, cuando los artículos que preceden a éste, que no han sido reformados, hacen referencia a un sistema de documentación escrita.

Respecto de la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada, el referido artículo 448 tampoco realiza una remisión obligada a la grabación como sistema de documentación *“podrá llevarse a*

cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

La modificación de ambos artículos (433 y 448) confirma, que nuestra norma rituaría sigue optando por un procedimiento escrito en su fase de instrucción, y a tal conclusión se llega, fácilmente, si examinamos las normas del Sumario, supletorias en la tramitación de las Diligencias Previas (por remisión expresa del artículo 774 y 777 LECrim). Baste observar la redacción de los artículos, que en nada han sido modificados, en relación a los modos de documentación previstos para las actuaciones en fase instructora, muchas de los cuales tienen como objeto la producción de fuentes de prueba: 326, 327, 332, 333, 334, 349, 367ter, 397, 401, 402, 403, 404, 443, 444, 445, 453, 477 y 478 todos de la LECrim.

Como matización a la anterior afirmación, la LECrim. ya preveía, en sede de procedimiento abreviado, como forma apta de documentación, en los artículos 777.2 y 797.2, el recurso a los medios audiovisuales, pero solo a los efectos probatorios como prueba preconstituida-artículo 730 LECrim.- permitiendo la grabación de dichas testificales, haciendo paralelismo entre levantamiento de acta y grabación, estableciendo la posibilidad de documentar la diligencia en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

La propia reforma que se comenta, Ley 4/2015, modifica también el artículo **730 LECrim.** precisando que podrán también *“leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario”*, en aquellos supuestos contemplados en dicho artículo, en consonancia con lo que se preveía para el procedimiento abreviado.

Pero en este caso, la prueba preconstituida no es potencialmente diligencia de instrucción sino prueba, lo que tiene interés desde el punto de vista de diferenciar entre lo que tiene acceso y lo que no debe tener acceso al juicio oral.

La fuente de prueba no es prueba y, por tanto, solo en aquellos supuestos en los que exista un alto pronóstico de incomparecencia del testigo para el acto del juicio, cabrá establecer condiciones en su producción similares a las del juicio oral, procurando la fijación de la información aportada por aquél de la manera más fidedigna posible, tal y como se previene en los artículos citados (777.2 y 797.2 LECrim.), pero siempre sin olvidar que el recurso al artículo 730 citado, lo será solo en situaciones

extremas, casos-límite, y por motivos objetivos.

No se debe olvidar que las actuaciones previas no deben sustituir al plenario, la Instrucción no debe entrar de forma íntegra en la fase de enjuiciamiento, siendo uno de los principios fundamentales de nuestro sistema penal el garantizar la estanqueidad (salvo excepciones tasadas) del juicio oral, como medio de preservar la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento frente a la instrucción.



La posibilidad de grabar las diligencias de instrucción, no debe convertirse en regla procesal, no debe ser el flotador al que asirse cuando sintamos que, la insostenible carga de trabajo de nuestros órganos de Instrucción, nos ahoga.

Un último apunte es el relativo a la extraordinaria dificultad que supondrá la gestión de la información si es documentada mediante sistemas audiovisuales en supuestos de macroprocesos o en causas de especial complejidad, para el Juez, para tomar con rigor las decisiones de avance y fin de la instrucción y para las partes (por muchos protocolos que se elaboren al respecto, que los hay), la dificultad de revisión para la segunda instancia, en supuestos de revisión de decisiones interlocutorias, imposibilitando la resolución de los recursos en un tiempo razonable, y para el órgano de Enjuiciamiento, cuando se ejercite por las partes la previsión contenida en el artículo 714 de la LECrim., situación que se agrava en los juicios por Jurado (artículo 46 LOTJ).

Para terminar, en relación con el tema que tratamos, citar el artículo **123.6, in fine de la LECrim** (modificado por **LO 5/2015, de 27 de abril**, sobre interpretación, traducción e información en los procesos penales), que ha sido reformado, posibilitando la utilización, facultativa, de la documentación audiovisual.

“6. Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito.”